

Note

« L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical »

Martin Hébert

Les Cahiers de droit, vol. 30, n° 2, 1989, p. 495-523.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042954ar>

DOI: 10.7202/042954ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical

Martin HÉBERT *

Les droits fondamentaux consacrés dans les Chartes canadienne et québécoise ont un impact considérable dans la détermination des valeurs de notre société.

L'auteur procède, au cours de cette note, à un survol de ces impacts en matière de droit médical et bioéthique. La coexistence de différentes valeurs jugées essentielles peut poser des problèmes d'arbitrage entre des droits tout aussi égaux que fondamentaux.

Les tribunaux doivent chercher à assumer cette tâche nouvelle sans empiéter sur les responsabilités qui appartiennent au législateur et à l'ensemble de la société. En ce sens, les réponses que peut apporter le droit doivent être mesurées et raisonnables.

The fundamental rights enshrined in the Canadian and Quebec Charters have a great impact on the determination of our society's values.

In his note, the author provides an overview of this impact in medical law and bioethics. The co-existence of various values considered to be essential may create some problems of arbitration between rights that are as equal as they are fundamental.

The tribunals ought to try to assume this new task without encroaching on the responsibilities of the legislator and society as a whole. To this effect, the answers to be suggested by law must be measured and reasonable.

* M.A., avocat, Montréal.

	<i>Pages</i>
1. Autonomie	499
2. Bienveillance et interdiction de nuire	506
3. Justice	514
Conclusion	521

Au premier regard, la médecine semble être une affaire réservée aux médecins, pour ne pas dire aux scientifiques. Pourtant, en y regardant de plus près, la médecine moderne a dû faire une meilleure place au patient en tant que personne, apprendre à composer avec le juriste et aussi prendre en considération l'opinion du philosophe. En réalité, la médecine n'est plus exclusivement basée sur ce rapport d'autorité qui caractérisait anciennement la relation médecin-patient.

Le patient s'est éveillé à ses droits. Le juriste a rappelé à la profession médicale ses responsabilités et obligations. Le philosophe a mis en lumière les enjeux profonds d'une médecine qui non satisfaite de soigner peut aujourd'hui modifier la nature humaine.

Il n'est donc pas étonnant de voir progresser à vive allure une tendance à la réflexion multi-disciplinaire autour des débats que génère la pratique de la médecine moderne. Décider de la vie, de la mort, de la modification d'un être humain, voilà autant de questions qui ne sauraient relever seulement de la science et de la technique. Ce qui est possible n'est pas nécessairement souhaitable¹.

La réflexion essentielle qu'engagent de tels enjeux entraîne une inévitable et nécessaire complémentarité d'approches. Au cours des pages qui suivent, nous tenterons d'évaluer l'impact du droit et de l'éthique dans le domaine médical eu égard aux droits fondamentaux consacrés par les chartes, la *Charte canadienne des droits et libertés*² et la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*³.

1. ROY, David & DE WATCHER, Maurice, « Médecine, Éthique, Anthropologie » dans *Traité d'anthropologie médicale* publié sous la direction de J. Dufresne, F. Dumont et Y. Martin, Institut québécois de la recherche sur la culture, Presses de l'Université du Québec, 1985, p. 1197.

2. *Charte canadienne des droits et libertés* (Loi sur le Canada, Royaume-Uni, 1982, C.II, Annexe B).

3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

Les chartes, constitutionnelle dans le cas de la Charte canadienne, et quasi-constitutionnelle quant à celle du Québec, constituent des énoncés de principes généraux qui représentent les valeurs fondamentales de notre société. En ce sens, leur vocation déborde largement du seul volet légal. Elles sont aussi le reflet d'un certain consensus moral des citoyens au travers l'expression de nos valeurs et traditions.

Lorsque mises en application par les tribunaux, les chartes supposent non seulement l'appel à des valeurs fondamentales mais aussi le choix entre différentes valeurs. Ainsi, en statuant sur l'avortement, un juge peut être appelé à choisir entre différents principes fondamentaux. Droit à la vie du fœtus? Droit à la liberté de la femme? Droit à la sécurité de la personne? Entre tous ces droits égaux, il doit retenir celui qui reflète à ses yeux les valeurs en cause dans la question de l'avortement. Il exerce ainsi une discrétion qui va au-delà du judiciaire. Il fait un choix de valeurs dont les retombées affecteront directement la collectivité.

Par « sens politique », nous voulons dire que le tribunal doit prévoir l'effet de ses interprétations sur le style de vie des Canadiens et choisir les interprétations qui semblent les plus aptes à produire un effet bénéfique. Pour cela, non seulement faut-il comprendre la hiérarchie des valeurs sociales, politiques et économiques des Canadiens, mais encore faut-il être prêt à renoncer aux solutions traditionnelles qui ne répondent plus, à long terme, aux besoins de la nation. Cette tâche est politique, au meilleur sens du mot, mais n'est pas partisane ; chaque juge peut légitimement prendre en considération les valeurs fondamentales de sa propre philosophie politique mais non les avantages à court terme de la politique de parti.

Il n'est pas mauvais que des différences d'orientation philosophique conduisent certains juges à des conclusions constitutionnelles différentes ; tant que l'ensemble de la magistrature représente les principaux points de vue, il devrait se dégager un consensus équilibré.⁴

En d'autres mots, la conception personnelle du juge face au problème dont il est saisi n'est pas étrangère au choix des principes fondamentaux qu'il choisit d'appliquer. En raison d'un tel processus discrétionnaire, il nous semble opportun d'étudier les jugements rendus en vertu des chartes selon une analyse qui soit à la fois légale et morale.

À cette fin, nous avons choisi de procéder à notre étude en regroupant les concepts pertinents suivant un modèle qui reflète utilement et de façon assez complète les valeurs fondamentales à la base de la relation médecin-patient⁵.

4. GIBSON, Dale, « L'interprétation de la Charte canadienne des Droits et Libertés : considérations générales » dans *Charte canadienne des Droits et Libertés* édité par Walter S. Tarnapolsky, Gerald A. Beaudoin, Toronto, Carswell Company, 1982, p. 34.

5. BEAUCHAMP, Tom & CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 1983.

Ainsi, nous analyserons les droits contenus dans les chartes et les décisions déjà rendues à leur sujet sous les angles suivants :

1. *Autonomie* i.e. capacité du patient de faire ses propres choix ;
2. *Bienveillance/Interdiction de nuire* i.e. obligation du médecin non seulement de ne pas causer préjudice à son patient mais aussi de lui procurer des bienfaits dans les limites du possible ;
3. *Justice* i.e. partage et accès équitables aux services en fonction des besoins de chaque patient.

Un tel regroupement constitue une grille d'analyse efficace, bien qu'elle ne soit ni unique ni unanimement reconnue. Elle permettra de jeter un éclairage sur la nature et l'étendue des droits et obligations qui caractérisent la relation médecin-patient. En outre, elle sera un outil précieux pour mieux saisir les choix de valeurs exercés par les juges au travers leur perception des problèmes soumis.

Ainsi, nous identifierons pour chacun des concepts susmentionnés sa nature et sa traduction en principe fondamental dans les chartes. Par la suite nous étudierons l'interprétation donnée par les tribunaux ainsi que les limites et conflits possibles dans la reconnaissance et la cohabitation de chacun de ces principes. Nous pourrions ainsi mieux mettre en relief le caractère non absolu des choix de valeurs exercés par les tribunaux. Nous aurons aussi l'occasion de constater des impacts importants selon qu'un droit fondamental tire sa source d'un ou de l'autre des concepts. Bref, nous pourrions mieux saisir le difficile arbitrage qu'il faut souvent faire entre plusieurs droits tout aussi fondamentaux qu'égaux.

Ainsi, à titre d'exemple, le droit à la vie peut impliquer le droit à des traitements. Or, dans le cas d'un enfant adopté qui est atteint de leucémie, il est possible que le droit aux traitements suppose la consultation du dossier confidentiel et la communication avec ses parents biologiques en vue de lui procurer le traitement approprié. Au nom du droit à la vie de l'enfant leucémique, on sacrifie ainsi le principe de confidentialité pourtant clairement consacré dans la Charte québécoise. Ces faits, et les principes qui en découlent, ont fait l'objet d'un jugement dans lequel il a fallu trancher entre deux droits dont la coexistence absolue paraissait impossible ⁶.

Notre analyse des concepts à la source des droits fondamentaux devrait enfin permettre de mieux comprendre comment et pourquoi une majorité de juges peuvent à l'occasion partager une conclusion commune fondée sur des considérations profondément différentes. Source d'enrichissement, les chartes

6. *Droit de la Famille*, (1984) 140 T.J. 249.

peuvent aussi parfois être source de confusion. L'intérêt de la collectivité exige une certaine clarté et limpidité dans les messages qui émanent des tribunaux, surtout en raison du rôle d'arbitre ultime que leur confèrent les chartes. Les citoyens ont besoin de savoir quels sont les concepts et les valeurs qui inspirent les principes fondamentaux et les règles qui nous régissent.

C'est pourquoi une interprétation adéquate des principes contenus dans les chartes suppose une définition claire de la substance et de la portée des droits. Or les droits trouvent application en fonction de leurs finalités. Il faut donc les saisir à travers les valeurs et concepts qu'ils véhiculent. Ce procédé rigoureux est d'autant plus important qu'un grand nombre de droits originent des chartes sans y être nulle part inscrits. Le droit à la vie peut être interprété, à titre d'exemple, de multiples façons. Est-ce le droit de disposer librement de sa vie (c'est-à-dire autonomie)? Est-ce plutôt le droit d'accéder à la vie sans embûche (interdiction de nuire)? Ou est-ce le droit d'obtenir ce qui est nécessaire pour maintenir une certaine qualité de vie (bienveillance) dans le cadre d'un accès équitable aux ressources disponibles (justice)? Ou peut-être est-ce tout cela à la fois?

1. Autonomie

Le concept d'autonomie est relativement simple à cerner. D'origine grecque (autos : self et nomos : governance), le mot autonomie traduit encore aujourd'hui la notion de *self governance*⁷.

Agir de façon autonome c'est donc faire soi-même ses propres choix et conduire ses propres actions sans contrainte externe. Dworkin écrit à ce sujet :

I am defining autonomy as the capacity to reflect upon one's motivation structure and to make changes in that structure. This autonomy is not simply a reflective capacity but includes some ability to alter one's preference, and to make them effective in action. ... The exercise of the capacity of autonomy is what makes my life mine.⁸

Chaque personne peut imposer dans une certaine mesure le respect de son autonomie. Il s'agit alors de traduire ce concept général en un principe

7. *Supra*, note 5, p. 59.

8. DWORKIN, Gerald, « Autonomy and Informed Consent » dans *Making Health Care Decisions*, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research (APP/G), Oct. 1982, p. 71-73.

qui régit nos rapports avec les autres personnes. Les chartes ont effectivement retenu ce principe comme étant fondamental et l'ont introduit par le biais de différents articles. Ainsi, la Cour suprême du Canada a déjà clairement indiqué que l'un des objectifs importants de la Charte canadienne était de protéger la personne dans les limites raisonnables, face à la coercition et à la contrainte qui peuvent être exercées contre elle⁹.

Dans le même jugement, la Cour poursuit en disant que la possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'autodétermination¹⁰.

Manifestement, le principe de l'autonomie n'est donc pas étranger aux chartes. Les articles les plus pertinents à ce sujet notamment en matière médicale sont les suivants :

— *Charte canadienne*

art. 2 Libertés fondamentales

art. 7 Droit à la vie, liberté et sécurité¹¹

— *Charte québécoise*

art. 1 Droit à la vie

art. 3 Libertés fondamentales

art. 5 Respect de la vie privée

art. 9 Secret professionnel¹²

Toutefois, un grand nombre de problèmes rencontrés dans le domaine médical ne sont pas solutionnés par le seul libellé de ces articles. Il faut encore interpréter et adapter les énoncés de principe contenus dans ces dispositions. Les décisions des tribunaux à ce sujet sont donc d'un intérêt évident.

On y constate que la protection de la vie, de la liberté et de la sécurité au sens notamment de l'article 7 de la Charte canadienne vise l'intégrité physique et mentale de la personne¹³. En réalité, c'est la consécration de l'inviolabilité de la personne. En vertu de ce principe, on ne peut forcer autrui à subir une atteinte à sa personne sans son consentement. Chacun exerce ainsi un contrôle sur sa propre personne. Or, le traitement médical constitue en soi une atteinte à l'intégrité. Il faut donc en conclure qu'en principe le consentement

9. *R v. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

10. *Supra*, note 9, p. 346.

11. *Supra*, note 2, art. 2 & 7.

12. *Supra*, note 3, art. 1, 3, 5 & 9.

13. BRUN, Henri, *Chartes des Droits de la personne — Législation — Jurisprudence et Doctrine* (Collection Alter Ego), Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 92, n° 7/16.

du patient est requis pour éviter de mettre en péril son intégrité. Le consentement à l'acte médical aurait donc un fondement dans les Chartes des droits canadienne et québécoise. Par ailleurs, le droit de consentir aux traitements entraîne aussi logiquement et de façon corollaire le droit de refuser les traitements. Cependant, le refus de traitement peut dans certains cas équivaloir à un choix délibéré de mourir. Au nom du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, a-t-on un droit de mourir ? Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la question mérite d'être posée, en raison du principe d'autonomie sous-jacent à ces droits¹⁴.

Il apparaît très paternaliste de vouloir protéger l'adulte compétent contre ses propres choix en lui niant le droit de choisir la mort. Au nom de l'ordre public, certains jugements semblent mettre l'autonomie de l'individu au service de la protection et de l'intégrité de sa vie. Plutôt que d'y voir des valeurs égales et complémentaires, certains y voient une opposition ou même une relation d'assujettissement. Ainsi, dans la cause *P.G. Canada v. Hôpital Notre-Dame*¹⁵ où il s'agissait d'un individu qui avait introduit un fil d'acier dans son œsophage parce qu'il voulait mourir, la Cour affirme que le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne, primait sur le respect de la volonté du patient. Ainsi, poursuit la Cour, tout être humain en principe maître de sa destinée voit son droit d'autodétermination assujéti aux mesures qui visent à protéger sa vie et la sécurité de sa personne. On a donc jugé que l'hôpital pouvait, contre le gré du patient, intervenir sur sa personne pour extraire le fil d'acier. Il s'agit en réalité d'une forme de mise en tutelle au nom de valeurs jugées prioritaires par le tribunal. Est-ce là une considération suffisante ? Il est permis d'en douter.

Sans prétendre que le principe d'autonomie soit de portée absolue, il n'en demeure pas moins que la violation d'un tel principe doit se fonder sur des justifications plus objectives. Ainsi, il est plus aisé de comprendre un jugement qui établit que les articles 14 et 21 sur la *Loi de la protection du malade mental*¹⁶ permettant de placer une personne en cure fermée ne portent pas atteinte au droit à la liberté de l'article 7 de la Charte canadienne. En effet, dans un semblable contexte, le droit à la sécurité de la personne peut primer sur le droit à la liberté en raison de l'incapacité du patient à comprendre la situation¹⁷. Bien sûr, certains diront que les enjeux sont fort

14. CARNERIE, F., « Euthanasia and Self-Determination: Is there a Charter Right to Die in Canada? », (1986-87) 32 *McGill L.J.* 299.

15. *P.G. Canada v. Hôpital Notre-Dame*, (1984) 5 C.H.R.R. 2233 (C.S.).

16. *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41.

17. *Supra*, note 13, p. 96, n° 7/54.

différents dans ce 2^e exemple. Mais il y a plus. Il ne s'agit pas seulement ici d'imposer ses propres valeurs au patient mais plutôt de tenter de réconcilier les droits de ce dernier, dans son meilleur intérêt en tenant compte de son incapacité à procéder lui-même à un pareil arbitrage¹⁸.

En semblable situation, ces trois éléments, à savoir la protection des droits, la recherche des meilleurs intérêts et l'incapacité de la personne sont indissociables dans la prise de décision au nom de l'incapable. Il en est ainsi lorsque des parents prennent une décision à caractère médical au nom de leur enfant non doué de discernement. Ils doivent agir dans l'intérêt de l'enfant en vue de protéger son intégrité. Un être incapable de donner un consentement valable doit recevoir la même protection qu'une personne autonome. Les modalités de protection de l'autonomie varient dans le cas de l'incapable, mais les objectifs demeurent : ne pas porter atteinte à son intégrité sauf en cas de justifications suffisantes.

De telles considérations ont été fort significatives dans la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ève*. En refusant de consentir au nom de l'incapable à une stérilisation non thérapeutique, la Cour a tenu compte de l'incapacité de la personne, de la protection de ses droits et de la recherche du meilleur intérêt en décrétant :

Il va sans dire que le tribunal a le droit et le devoir de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes et a ainsi un grand pouvoir discrétionnaire pour faire ce qu'il estime être dans leur intérêt. Toutefois, cette fonction ne doit pas, à mon avis, être transformée de manière à créer un devoir obligeant le tribunal, sur l'ordre d'un tiers, à choisir entre ce qu'on prétend être deux droits constitutionnels — celui de procréer ou celui de ne pas procréer — simplement parce que la personne est incapable de faire son choix. À plus forte raison, si comme nous l'avons vu dans le cas d'une stérilisation non thérapeutique, les tribunaux ne peuvent pas faire ce choix en toute sécurité.¹⁹

Ce qui est déterminant, c'est l'inviolabilité de la personne, même incapable, et non la liberté de ceux qui prennent la décision à sa place. Ainsi, dans la même foulée, on peut être d'accord avec le tribunal lorsqu'il affirme que le droit à la vie d'un enfant ayant besoin de transfusions sanguines l'emporte sur la liberté des parents, témoins de Jéhovan, de choisir de refuser les traitements médicaux pour leur enfant²⁰. Toutefois, nous ne comprenons pas de cet énoncé que la protection de la vie est automatiquement plus importante que le respect de la liberté. Nous comprenons seulement que l'autonomie des parents est limitée et que par surcroît lorsqu'ils agissent au nom du respect de

18. *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438.

19. *E. (Mrs) c. Ève*, [1986], 2 R.C.S. 388, p. 437.

20. *Re McTavish and Director, Child Welfare Act*, (1987) 32 D.L.R. (4th) 394.

l'autonomie de l'incapable, ils doivent rechercher son meilleur intérêt, son bien-être²¹.

D'ailleurs, le concept d'autonomie n'est pas étranger à la notion de bien-être de la personne. En reconnaissant le droit à un prisonnier de consommer certaines « substances hallucinogènes », (dans ce cas, l'alcool), la Cour a déjà affirmé qu'une contrainte à l'abstinence totale sous peine de châtement constituait une atteinte au bien-être physique et psychologique de la personne²². Contrairement à ce qui fut affirmé, il est fort douteux que le droit à la sécurité de la personne puisse être le fondement même partiel d'une telle décision. Si effectivement un prisonnier peut prétendre avoir droit à une certaine consommation de substances dites « hallucinogènes », à nos yeux, ce droit ne peut être basé que sur sa capacité à décider pour lui-même, ce qui est essentiellement la traduction du principe d'autonomie.

Ce même jugement énonce aussi que dans semblables circonstances, le prisonnier n'a pas à fournir d'échantillons d'urine contre son gré. Manifestement, c'est son droit de prendre les décisions au sujet de sa personne qui est en cause. Les informations que peuvent contenir de tels échantillons d'urine n'ont pas à être connues sans son accord. Le droit de refuser la divulgation de ces informations entraîne donc le droit de refuser de fournir un échantillon d'urine.

La même règle est valable généralement en matière de prélèvements de substances provenant du corps humain. Si l'article 7 de la Charte canadienne s'étend à la protection contre le prélèvement de telles substances²³, c'est au nom du respect de l'autonomie de la personne. On peut bien, comme ce fut le cas, invoquer l'expression « sécurité de la personne » contenue à l'article 7, mais fondamentalement, ce sont les règles d'autodétermination qui régissent le cas des prélèvements. Tout comme le traitement médical, le prélèvement est une atteinte à l'intégrité de la personne et pour cette raison, le consentement de l'individu est une condition généralement nécessaire et préalable. Même en matière judiciaire la mise en preuve de l'analyse d'un échantillon de sang prélevé sans le consentement du patient peut constituer une fouille ou une saisie abusive interdite par l'article 8 de la Charte canadienne. La Cour suprême du Canada a jugé que l'acceptation d'une telle preuve dans une affaire de facultés affaiblies, serait de nature à déconsidérer l'administration de la justice²⁴. La protection à l'encontre des prélèvements exécutés sans consentement est donc clairement consacrée par les chartes.

21. *R v. Tutton*, [1985] 1 Y. C.R.R. 314.

22. *Dion c. P.G. Canada*, [1986] R.J.Q. 2196.

23. *R c. Dymont*, (1984) 9 D.L.R. (4th) 614.

24. *R c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945.

De la même façon, le caractère confidentiel de tels prélèvements prend sa source dans le respect de l'autonomie de la personne. En décidant de divulguer à titre confidentiel certains renseignements sur sa personne, on choisit de limiter l'accès et la circulation de tels renseignements. On accepte qu'une partie de nous soit connue par des tiers, mais selon des conditions strictes, dont nous restons le seul maître.

En matière médicale, le droit à la confidentialité vise à protéger la vie privée du patient. Lui seul décide quels renseignements seront accessibles et à qui. Dans la relation médecin-patient, le secret professionnel a d'abord pour objet la protection du patient et non celle du médecin²⁵. En vertu de la Charte québécoise, la Cour a même déjà affirmé qu'en cas de conflit d'intérêts, en matière de confidentialité, entre le professeur et le patient, concernant un dossier médical, l'intérêt primordial était celui du patient²⁶. Ainsi, tout comme le droit de consentir ou de refuser des traitements, le droit à la confidentialité et au secret professionnel, une fois élevé au rang de droit fondamental de la personne, nous semble relever du concept d'autonomie, de « self-governance ».

En matière médicale, plusieurs autres droits sont susceptibles d'originer de ce concept. À titre d'exemple, le droit d'avoir des enfants pourrait apparaître comme une conséquence de l'autonomie de la personne. Invoquant plus spécifiquement le droit à la vie ou celui à la liberté, des citoyens canadiens et québécois tenteront probablement un jour de convaincre les tribunaux qu'ils ont un droit fondamental à l'enfant. Les restrictions imposées notamment à l'accès aux services médicaux en matière d'infertilité devront alors être jugées en fonction de ces prétentions légales. À notre connaissance, il n'y a pour l'instant aucun jugement rendu par les tribunaux à ce sujet.

De façon moins hypothétique, le droit à l'avortement pourrait être reconnu comme une expression de l'autonomie de la femme constituant ainsi un droit fondamental. Déjà, dans un tout récent jugement de la Cour suprême²⁷, certains passages quoique non retenus par la majorité des juges, abordaient la question de l'avortement sous cet angle. Ainsi Mme le juge Wilson écrivait :

Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'article 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur des décisions importantes touchant intimement à sa vie privée.

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je

25. *Reid c. Belzile*, [1980] C.S. 717.

26. *Supra*, note 25.

27. *R c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. [...] C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical ; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.

[...]

Étant donné alors que le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse, l'article 251 du Code criminel viole-t-il ce droit ? Manifestement il le viole. L'article a pour objet d'enlever cette décision à la femme pour confier à un comité le soin de la prendre [...]. Le fait que la décision d'autoriser ou non une femme à interrompre sa grossesse soit dans les mains d'un comité est une violation tout aussi grave du droit de la femme à l'autonomie personnelle en matière de décision de nature intime et privée que serait celle d'établir un comité pour décider s'il faut autoriser une femme à mener sa grossesse à terme. Dans les deux cas, il y a violation du droit de la femme à la liberté, car on décide pour elle ce qu'elle a le droit de décider elle-même.²⁸

Ces propos font écho à une prétention souvent revendiquée de la part de certains groupes de pression à l'effet que l'avortement est une question de libre choix pour la femme enceinte. Ainsi posé, le débat de l'avortement se situe sur le strict plan de l'autonomie de la personne. Pour être concluant, un tel argument doit encore faire la preuve que l'autonomie de la femme enceinte est le seul enjeu en matière d'avortement ou qu'il doit avoir priorité sur les autres enjeux en cause.

D'une part, il est fort douteux que l'avortement puisse ainsi se limiter à un seul enjeu en raison de la complexité du problème (statut du fœtus — attributs de la personne humaine...). D'autre part, comme nous l'avons précédemment mentionné, le respect du principe de l'autonomie n'est pas absolu. Il arrive fréquemment que le respect de l'autonomie de la personne entre en conflit avec d'autres valeurs toutes aussi fondamentales, notamment la protection de la vie. Nous ne saurions en quelques lignes, prétendre résoudre un interminable débat au sujet de l'avortement. Il est cependant opportun de mettre en relief la signification véritable du récent jugement de la Cour tout en soulignant la valeur relative de l'argument d'autonomie utilisé dans ce débat. En aucun moment, la majorité des juges de la Cour suprême n'a consacré un véritable droit positif à l'avortement au nom de l'autonomie de la femme. De part et d'autre, les réactions à ce jugement ont souvent largement dépassé la réelle teneur et signification du verdict rendu. Le débat autour de la véritable autonomie de la femme enceinte a été esquivé, mis en suspens ou simplement traité par une minorité de juges.

28. *Supra*, note 27, p. 171-172.

D'ailleurs, même si ce principe d'autonomie avait été retenu par une majorité de juges, ils auraient dû démontrer, en l'espèce, son caractère prioritaire. Or, les tribunaux ont déjà manifesté dans le passé une certaine aisance à outrepasser le respect de l'autonomie de la personne, au nom de certaines autres valeurs. En effet, au travers quelques précédents, des cours canadiennes ont déjà indiqué leur préférence à protéger l'intégrité de la vie humaine au détriment du droit à la liberté, illustrant ainsi le paternalisme occasionnel de la Cour ²⁹ à l'endroit de certains individus pourtant titulaires de leurs droits.

Il n'est donc pas évident, dans l'état actuel du droit, que l'autonomie de la femme soit une assise suffisante pour consacrer un droit à l'avortement. Au mieux, l'avortement pourrait résulter de la négation des droits du fœtus ou encore, comme ce fut le cas en janvier dernier, d'une application fort rigoureuse des règles de justice fondamentale comme nous le verrons plus loin.

Bref, au nom de l'autonomie, seuls certains droits fondamentaux non écrits ont pu voir le jour et leur valeur reste relative. Il est toutefois utile et éclairant de pouvoir identifier la véritable origine de chacun de ces droits. Ainsi, lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres droits, cela nous permet de mieux saisir la nature des arbitrages à faire et l'ordonnancement des valeurs dans notre société.

Si le respect de l'autonomie du patient constitue une règle de base dans le contexte médical, nous constaterons dans la prochaine section que les bénéfices à procurer et l'absence de préjudice sont aussi des éléments déterminants en regard des droits du patient.

2. Bienveillance et interdiction de nuire

Dans cette section, nous avons regroupé deux concepts : bienveillance et interdiction de nuire. Les questions soulevées par ces deux concepts dans le domaine médical et de la bioéthique nous semblent si intimement liées qu'il paraissait plus utile de procéder à ce regroupement pour les fins de notre analyse.

Nous ne prétendons pas que ces concepts soient identiques ou synonymes. Au contraire, ils ont chacun leur définition, leur application et ils peuvent même être source de conflits l'un envers l'autre. Toutefois, dans nombre de situations cliniques, leur rapprochement est inévitable. D'ailleurs, bien avant l'existence des chartes, le serment d'Hippocrate les regroupait dans un seul et unique principe :

29. *Ville de Vanier c. C.S.S.T.*, [1986] D.L.Q. 297 (C.S.) & *supra*, note 15.

Il will use treatment to *help* the sick according to my ability and judgment, but I will never use it to *injure* or *wrong* them.

De la 1^{re} partie de cette phrase se dégage le concept de bienveillance. De portée plus limitée, il traduit l'idée de procurer des bienfaits et des bénéfices au patient. Il suppose donc une action positive à l'égard du patient. À la différence du marchand qui peut moralement se satisfaire de ne pas causer de tort à son client, le médecin doit en outre chercher à faire du bien à son patient. Il a dit-on une *prima facie duty of beneficence* à l'égard de son patient³⁰. Réduit à l'essentiel, ce concept de bienveillance comporte, selon Beauchamp and Childress, 3 volets :

1. *One ought to prevent Evil or harm*
2. *One ought to remove Evil*
3. *One ought to do or promote good*³¹

Par opposition, le concept d'interdiction de nuire est plus négatif puisqu'il peut se traduire ainsi :

One ought not to inflict evil or harm^{31.1}.

Il comporte donc l'idée de ne pas infliger de tort ou de préjudice à autrui et en ce sens, il s'applique tant au marchand, au médecin qu'à quiconque. Sa portée est plus large que le précédent. Il n'est pourtant pas de valeur plus absolue. L'un et l'autre souffrent de limites et restrictions comme nous le verrons postérieurement.

Au même titre que l'autonomie, ces deux concepts se traduisent en principes qui régissent nos rapports avec les autres. Dans les chartes, ces principes se retrouvent principalement aux articles suivants :

— *Charte canadienne*

- art. 7 Vie, liberté et sécurité
- art. 12 Cruauté³²

— *Charte québécoise*

- art. 1 Droit à la vie
- art. 2 Droit au secours
- art. 4 Sauvegarde de la dignité
- art. 48 Protection des personnes âgées³³

30. GILLON, Raanan, « Do Doctors Owe a Special Duty of Beneficence to their Patients? » J.M.E., 1986, 12, 171-173.

31. *Supra*, note 5, p. 108.

31.1. *Id.*

32. *Supra*, note 2, art. 7 & 12.

33. *Supra*, note 3, art. 1, 2, 4 & 48.

Les questions au sujet de l'application de ces principes sont multiples. D'abord, s'il ne faut pas causer de préjudices à autrui, à qui cette maxime peut-elle s'appliquer ? Légalement, la réponse des chartes ne fait qu'accroître les difficultés. En effet, le libellé des différents articles présente une variété d'expressions. La Charte canadienne utilise le mot « chacun ». Pour sa part, la Charte québécoise parle successivement de « tout être humain », de « toute personne » ou encore de « celui dont la vie est en péril ». À première vue, toutes ces expressions sont synonymes. Toutefois, après réflexion, nous constatons des distinctions tout aussi subtiles que complexes. Comment définir le titulaire de droits au sens de la Charte canadienne ? Est-on un être humain au sens de la Charte québécoise avant de posséder les attributs d'une personne ? De façon très concrète, les droits contenus dans ces chartes s'appliquent-ils au fœtus, à l'embryon ? Une telle question est susceptible d'impacts majeurs notamment en matière d'expérimentation et d'avortement.

La Cour suprême du Canada aura bientôt l'occasion d'exprimer ses vues à ce sujet puisqu'elle est saisie d'un litige qui soulève cette question, l'affaire *Borowski*. À ce sujet, la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan a affirmé que l'article 7 de la Charte canadienne consacrant le droit à la vie ne s'appliquait pas au fœtus puisqu'il n'est pas une personne. Aux yeux de la Cour, le mot « chacun » veut dire personne humaine, excluant ainsi le fœtus.

There is a distinct difference between a ruling which declares that existing humans are entitled to be considered as part of a designated category of persons and one which declares that « potential » humans are legal persons irrespective of whether the potential human ever emerges alive from the mother's womb are thereupon assumes the role of a living individual humans whose rights, and duties, are prescribed by law.

[...] Because there is not existing basis in law which justifies a conclusion that foetuses are legal persons, and therefore within the scope of the term « everyone » utilized in the Charter, the claim of the plaintiff must be dismissed.³⁴

Cette position de la Cour de première instance a été maintenue en appel. En effet, après avoir procédé à une revue historique des règles de common law applicables i.e. :

1. The availability of abortion in the Anglo-Canadian tradition
2. The rights of a fœtus in other areas of the law in the Anglo-Canadian tradition, and
3. The treatment of a fœtus outside the Anglo-Canadian system³⁵

Le tribunal d'appel confirme que les droits accordés aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne n'ont pas changé la tradition juridique et n'ont donc pas pour objet la protection de la vie du fœtus.

34. *Borowski v. A.G. Canada*, (1984) 4 D.L.R. (4th) 112, 131.

35. *Borowski v. A.G. Canada*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 731, 740.

En constatant l'absence de personnalité juridique du fœtus, ces décisions canadiennes se rapprochent de la réponse des tribunaux britanniques, qui à plus d'une reprise ont nié le droit du fœtus à intervenir judiciairement pour empêcher un avortement ³⁶.

Par-delà les décisions judiciaires ainsi rendues au sujet du statut du fœtus, il est fort douteux que le droit puisse un jour cerner de façon satisfaisante la notion de personne. En effet, les caractéristiques inhérentes à la personne humaine sont encore l'objet de profondes controverses. Même si la Cour en arrivait à définir clairement les attributs de la personne et le statut du fœtus, sa conclusion ne serait que le résultat d'un procédé arbitraire. Les attentes à l'égard du droit et des tribunaux sont à ce chapitre inquiétantes et démesurées. Une opinion même émise par l'autorité judiciaire ne permettra pas d'esquiver le débat fondamental auquel est convié l'ensemble de la société à ce sujet.

D'autres questions complexes sont aussi soulevées par le principe d'interdiction de nuire. Ainsi, comment doit-on fixer les contours du préjudice qu'il ne faut pas causé à autrui ? En principe, tout acte médical est potentiellement porteur d'un certain préjudice. L'amputation d'une jambe n'est pas en soi un bienfait. Appliqué trop rigidement, la maxime *primum non nocere* risquerait de neutraliser complètement la médecine ³⁷.

Les tribunaux doivent donc chercher à protéger la personne contre des atteintes à son intégrité, mais dans les limites raisonnables. Il y a par conséquent certains gestes qui tout en constituant des atteintes pourraient demeurer acceptables en raison de leur justification.

C'est ainsi que la Cour supérieure du Québec a déjà fait siens les propos du juge Mayrand à l'effet que :

L'atteinte à la personne la moins contestable est celle qui a pour but de lui éviter la mort, car la principale raison d'être de l'inviolabilité de la personne est la conservation de la vie. ³⁸

Si étonnant que cela puisse paraître, cette affirmation appelle pourtant quelques nuances.

S'il est vrai qu'au nom du droit à la vie, on peut revendiquer le droit au maintien de la vie ³⁹, il est vrai aussi que le maintien de la vie à tout prix peut

36. *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees and Another*, [1978] 2 All E.R. 987; *C. v. S.*, [1987] 1 All E.R. 1230.

37. GILLON, Raanon, *Philosophical Medical Ethics*, London, John Wiley & Sons, 1985, p. 80.

38. *Re Goyette*, [1983] C.S. 429, aussi voir MAYRAND A. *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, p. 19.

39. *Supra*, note 6.

s'avérer, dans certaines conditions, davantage un préjudice qu'un bienfait pour le patient. Les pouvoirs de la médecine moderne sont tels qu'en certaines circonstances, le médecin doit se demander non seulement s'il a le droit de s'abstenir de traiter mais aussi s'il a le droit d'agir⁴⁰. La notion de qualité de vie n'est pas étrangère au principe du droit à la vie.

D'ailleurs, la sauvegarde de la dignité de la personne est un droit expressément consacré dans la Charte québécoise (article 4). Il nous semble que ce droit puisse trouver application à l'encontre de certains traitements excessifs et démesurés dont l'effet est davantage de prolonger le processus de mort que de maintenir la vie. Bref, le principe d'interdiction de nuire doit être compris à deux sens. Bien que les tribunaux aient manifesté jusqu'à ce jour une tendance plus accentuée envers la protection de la vie, il serait faux d'en conclure qu'en toute circonstance le maintien de la vie est approprié, justifié et non préjudiciable⁴¹.

En ce sens, l'article 12 de la Charte canadienne interdisant les traitements cruels, constitue une assise constitutionnelle valide au soutien de cet argument. Bien que certains aient prétendu que cet article ne s'applique qu'en matière criminelle⁴², nous sommes plutôt d'opinion qu'il pourrait aussi recevoir application en matière de traitements médicaux. C'est d'ailleurs en vertu de cet article que la Cour supérieure du Québec a déjà affirmé que la dignité humaine doit prévaloir sur la préservation de la vie. Si malgré les soins apportés, la vie du patient devient objectivement intolérable, alors le patient peut se prétendre victime de traitement cruel au sens de l'article 12 de la Charte canadienne⁴³. Sans aller jusqu'à qualifier certaines pratiques médicales d'acharnement thérapeutique, nous pouvons tout de même constater qu'en certaines circonstances, les bénéfices escomptés d'un traitement sont négligeables eu égard au fardeau imposé au patient. En semblables circonstances, les principes fondamentaux des chartes doivent être adaptés pour protéger d'abord le patient en sa qualité de personne avant sa composante organique.

Bien sûr, cela est exceptionnel. De façon plus fréquente, le préjudice potentiellement causé par les traitements est justifié en raison des bienfaits escomptés.

Généralement, les patients sont en situation de revendiquer des soins plutôt que de les refuser. Ils veulent non seulement éviter des préjudices

40. VERSPIEREN P., *Face à celui qui meurt : euthanasie, acharnement thérapeutique, accompagnement*, Paris, Desclée de Brouwer, 1984.

41. CASSEM, N., « When Illness is Judged Irreversible : Imperative and Elective Treatments », *Man and Medicine*, 1980, vol. 5, n° 3, p. 154.

42. *Re Isabey and Manitoba Health Services Commission*, (1980) 28 D.L.R., (4th) 735.

43. *Supra*, note 38.

inutiles, mais aussi et surtout obtenir une amélioration de leur condition. Ils réclament une action positive qui relève davantage du principe de bienveillance. Traduit légalement, le patient se prétend à juste titre titulaire d'un droit à des soins médicaux appropriés. Les tribunaux canadiens ont déjà admis ce principe en décrétant que le droit à la sécurité incluait le droit pour une personne, en l'occurrence un détenu de recevoir de tels soins⁴⁴.

Il nous semble difficile toutefois d'affirmer qu'il existe au sens des chartes un droit à la santé. Cette difficulté est d'autant plus grande que la notion de santé est souvent définie en termes très larges.

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.⁴⁵

Ainsi, au sens de cette définition, si un droit à la santé existait, il devrait couvrir les droits économiques de la personne, le droit au travail, le droit au bien-être en général... Or, les décisions de tribunaux sont plus restrictives, établissant clairement que les droits économiques, le droit au travail... ne sont pas garantis, du moins en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne⁴⁶.

Faute de pouvoir identifier un véritable droit à la santé, nous pouvons au moins déceler les fondements d'un droit aux services de santé, un droit aux traitements et aux soins. Ainsi, au sens des articles 1 et 2 de la Charte québécoise, les soins infirmiers dispensés par un hôpital font partie, aux yeux de la Cour, des services qu'un patient a droit de recevoir⁴⁷.

Évidemment, ce droit n'est pas universel, au sens où certaines conditions d'application sont nécessaires. L'accessibilité aux soins est inévitablement tributaire des besoins de l'individu. Pas d'accès sans besoin. Nous verrons dans la prochaine section les problèmes de justice que peuvent soulever la distribution et l'accès aux soins.

Toutefois, pour l'instant nous pouvons déjà identifier un problème de définition. Si le droit fondamental d'accès à des soins et traitements est conditionnel aux besoins du patient, quels sont ces besoins? Suffit-il d'être insatisfait de sa propre condition? Doit-on être en situation de péril? Qui doit juger de l'importance du mal dont on requiert le traitement? Ces questions paraissent théoriques puisque nous pouvons, en apparence, facilement faire

44. *Collin v. Lussier*, [1983] 1 C.X.F. 218 aussi voir en appel *Lussier v. Collin*, [1985] 1 C.F. 124.

45. World Health Associations «Basic Documents: Preamble to the Constitution of World Health Association», in: Reiser S.J., Dyck A.J., Curran J.C. ed. *Ethics in Medicine*, Cambridge, MIT Press, 1977, p. 552.

46. *Supra*, note 13, p. 91-92, note 7/15 & 6/19.

47. *Cloutier c. Hôpital Centre hospitalier de l'Université Laval*, [1986] R.J.Q. 615.

la distinction entre l'individu en santé et celui qui est malade. Pourtant, à l'analyse, plusieurs situations sont peu évidentes. À titre d'exemple, l'infertilité constitue une dérogation par rapport à la norme générale. Est-ce suffisant pour prétendre avoir un droit fondamental en vue de traiter ou de pallier à l'infertilité? Pour d'aucuns, l'infertilité n'est que l'absence d'un bénéfice souhaitable, alors que pour d'autres, elle constitue un mal qu'il faut corriger⁴⁸.

En raison d'un système de santé public entièrement à la charge de l'État, ce dernier a-t-il une obligation à l'égard des personnes infertiles? Bien évidemment, les chartes n'ont pas de réponse spécifique à cette question. S'il existe un droit fondamental à combattre l'infertilité, la société en est débitrice au travers l'allocation des fonds publics qui financent le système de santé. La personne infertile revendique des actions positives de l'État en sa qualité de dispensateur de soins.

Nous avons au cours des récentes années appris l'intolérance à l'égard de tout ce qui se distingue de la norme généralement reconnue. Nous avons acquis un réflexe de standardisation, d'uniformisation. Tous les citoyens doivent être égaux, avoir les mêmes opportunités, profiter des mêmes droits. En ce sens, les chartes ont apporté des corrections à certaines disparités inévitables. Par ailleurs, elles ont aussi contribué à développer des revendications démesurées. Le recours aux droits fondamentaux peut se banaliser en raison des abus d'utilisation. Tout comme l'autonomie de la personne n'est pas de portée absolue, les principes de bienveillance et d'interdiction de nuire sont ainsi de portée relative.

Dans cette perspective, tous les maux dont souffrent les citoyens ne peuvent pas trouver remède dans les droits fondamentaux. Ainsi, la réponse au combat contre l'infertilité ne réside pas à nos yeux dans les droits fondamentaux de la personne notamment parce que les droits qui génèrent des obligations à l'ensemble de la société doivent être mesurés avec équité, comme nous aurons l'occasion de l'expliquer subséquemment.

D'ailleurs dans ce type de problème, même lorsque les chartes ont des solutions à offrir, elles sont souvent partielles. Le récent jugement sur l'avortement en est un bel exemple. Comme nous l'avons précédemment mentionné, ce jugement ne résout pas le problème de l'avortement au Canada. Par une majorité de juges, les dispositions du *Code criminel* (l'article 251) limitant l'accès à l'avortement portaient atteinte au principe d'interdiction de nuire. En d'autres mots, au nom du droit à la sécurité de la

48. PHILLIPS M. & DAWSON J., *Doctors Dilemmas*, Brighton, Harvester Press, 1985, p. 85.

personne (article 7 de la Charte canadienne), seules les dispositions actuelles du Code criminel ont été jugées inacceptables.

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

[...]

D'après la preuve soumise, les exigences que pose l'article 251 du Code criminel en matière de procédure ont pour effet de retarder sensiblement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne.⁴⁹ (Le juge en chef)

En décidant que l'article 251 du Code criminel constituait une atteinte aux droits de la personne, la Cour s'est bien gardée d'affirmer que l'avortement constituait un droit fondamental au sens de la charte. Cela n'est pas sans rappeler une distinction qui s'était révélée fort importante dans le dossier de l'avortement aux États-Unis en 1973. En effet, l'arrêt *Roe*⁵⁰ avait reconnu un droit constitutionnel de non-interférence de la part de l'État en matière d'avortement, du moins dans les premiers mois de grossesse. Cependant, la Cour suprême américaine n'avait pas pour autant reconnu un droit d'accès aux fonds publics pour assumer le coût d'une telle intervention. En d'autres mots, on avait alors reconnu un droit négatif c'est-à-dire « a right to be free from restrictions on individual freedom »⁵¹ plutôt qu'un droit positif c'est-à-dire « a right to affirmative entitlements from government or other individuals »⁵².

Quoique sur une base différente, c'est également par la négative que le plus haut tribunal canadien a invalidé les restrictions d'accès à l'avortement en raison de leur caractère préjudiciable. Qui plus est, certains juges ont même ouvert la porte à l'implantation de nouvelles restrictions considérées plus acceptables, ce qui nous éloigne d'un droit positif et fondamental à l'avortement.

Quelles que soient les faiblesses du système actuel, je crois que l'objectif visé par son adoption ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de l'expliquer, le mécanisme actuel du Code criminel n'est

49. *Supra*, note 27, p. 56-81.

50. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

51. BENDER Paul, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A comparison », (1983) 28 *McGill L.J.* 822.

52. *Supra*, note 51.

pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Cela n'empêche pas, à mon avis, le législateur d'adopter un autre système, exempt des faiblesses du par. 251(4), pour vérifier si la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger, au moyen d'une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.⁵³ (juge Beetz)

Nous avons ainsi assisté au procès de l'article 251 du Code criminel et non à celui de l'avortement. On peut néanmoins y détecter la conception de la Cour face à l'avortement. En choisissant délibérément le concept d'interdiction de nuire, c'est-à-dire ne pas causer indûment de tort à la femme enceinte, la majorité des juges ont mis en veilleuse le respect de son autonomie c'est-à-dire le droit de choisir et donc d'avoir accès à l'avortement.

Sans commenter le résultat de ce jugement, ce qui nous amènerait au-delà des limites de cette étude, nous ne pouvons que constater l'exercice discrétionnaire du choix de certaines valeurs et la solution très partielle apportée dans un débat qui d'ailleurs appartient davantage à la société qu'aux tribunaux.

Bien sûr, l'interprétation des droits relève du judiciaire, mais la détermination des valeurs à la base de notre société doit se faire dans un cadre plus large où chacun a, au moins, l'occasion de se faire entendre : c'est une question de justice en démocratie.

3. Justice

Le concept de justice constitue l'un des fondements majeurs de nos règles de société. Beaucoup de revendications sont faites au nom de la justice et quotidiennement, de nombreuses injustices sont dénoncées.

Malgré tout, plusieurs prétendent que médecine et justice sont sans lien, puisque le rôle essentiel du médecin consiste tout simplement à faire de son mieux pour chacun de ses patients. Pourtant, l'expérience nous apprend que la réalité est plus complexe que cela :

In any case the idea that doctors can somehow legitimately evade any need to concern themselves with justice is hardly tenable given that in the course of their practice they are often confronted with conflicting claims on their resources, even from their own patients. The doctor who stays in theatre to finish a long and difficult operation and consequently misses an outpatient clinic is probably relying — implicitly or explicitly — on some sort of theory of justice whereby we can fairly decide to override his obligations to his outpatients in favour of his obligations to the patient on the table. So is the general practitioner who spends 30 minutes with the bereaved mother and only five with the lonely old lady who

53. *Supra*, note 27, p. 110.

has a sure throat... So the idea that justice is a moral issue that doctors can properly ignore is clearly mistaken.⁵⁴

Conceptuellement, la justice est difficile à définir. Elle véhicule généralement plusieurs notions : équité, égalité, impartialité et même « mérite ». La justice trouve souvent application dans un contexte d'opposition. Un peu comme la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres, en matière de justice, les revendications des uns doivent souvent être évaluées et considérées eu égard aux prétentions des autres.

Difficile à définir, la justice est aussi difficile à traduire en principe. L'une des formules les plus classiques et connues est celle d'Aristote qui dit :

— Equals should be treated equally and inequally in proportion to the relevant inequalities⁵⁵.

Un tel principe ne donne cependant guère de paramètres utiles. Chacune peut y comprendre ce qu'il veut. Le droit ne saurait se satisfaire d'un principe aussi général et large pour définir les règles en société. Il n'est donc pas étonnant que les chartes aient exprimé l'idée de justice d'une façon plus concrète :

15. (1) (Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi) La loi ne fait pas acceptation de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.⁵⁶ (Charte canadienne)

10. (Discrimination interdite) Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

(Motif de discrimination) Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.⁵⁷ (Charte québécoise)

En outre, la Charte québécoise fournit aux articles 11 et suivants une série de stipulations encore plus spécifiques concernant la non discrimination relative à l'hébergement, l'embauche, les conditions salariales... d'un intérêt

54. *Supra*, note 37, p. 86.

55. ARISTOTE, *Nicomachean ethics* 1131 A : 22-5.

56. *Supra*, note 2, art. 15.

57. *Supra*, note 2, art. 10.

évident, ces mesures spécifiques ne sont pas réellement pertinentes pour les fins du présent document. Pour sa part, la Charte canadienne, en sus de l'article 15, aborde aussi le principe de justice de façon incidente à l'article 7 en disant qu'on ne peut porter atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne «qu'en conformité avec les principes de *justice fondamentale*»⁵⁸.

Bref, le concept général de justice occupe une place importante dans les principes fondamentaux des chartes. D'ailleurs, pour bien marquer la proximité entre les chartes et le principe de justice tel que traduit par Aristote, les cours canadiennes ont exprimé l'opinion que l'article 15 de la Charte canadienne requerrait que ceux qui se trouvent dans des situations similaires soient traités de façon similaire⁵⁹.

La portée d'un tel principe dans le domaine médical ne va pas sans difficulté. D'une part, nous avons déjà mentionné dans la section précédente que la distinction entre le malade et le bien portant pose parfois des difficultés d'interprétation (ex : personne infertile).

Mais il y a plus. Dans un contexte de limitation des ressources disponibles, comment doit-on choisir entre plusieurs individus requérant une ressource qui n'est pas disponible pour tous. Il est fort douteux qu'au nom du principe de non-discrimination, nous devions refuser à chacun ce que tous ne peuvent pas recevoir. Laissera-t-on mourir 10 patients en raison de notre incapacité à choisir qui doit bénéficier des sept équipements disponibles ? Agir ainsi serait sans doute accorder une portée trop absolue au principe de justice. Mais alors sur quelle base procéder à un choix raisonnable entre différentes personnes en situation similaire ? L'âge, le sexe, le handicap, la race... sont autant de critères de sélection qui semblent interdits par les chartes.

Ainsi, tout naturellement, on pense en matière médicale à procéder à la « discrimination » en fonction des besoins des patients. Cela apparaît équitable, impartial et donc juste et raisonnable. Mais encore faut-il définir cette notion de besoin, la distinguer de la notion de simple désir.

In general, to say that a person needs something is to say that WITHOUT IT THE PERSON WILL BE HARMED (or at least detrimentally affected). We can expand this basic idea about need by calling on the formal principle of justice. Conjointly the two principles require that people of equal need should be treated equally in regard to the satisfaction of their needs, while those who

58. *Supra*, note 2, art. 7.

59. BRUN Henri, « La législation et la réglementation face au droit à l'égalité du paragraphe 15(1) de la Charte Canadienne » dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1988, p. 233-244.

have unequal needs should be treated unequally. Some common sense examples of actions based on this principle show its relevance in context of distribution. In hospital wards, patients should be given equal amounts of blood and medication when the need equal amounts, and unequal amounts when they need unequal amounts — by contrast, say, to quality and size of rooms, which are distributed largely according to the ability to pay. However, this analysis of need does not take us far. We are not required to distribute all goods and services equally for all needs, such as needs for pets, athletic equipment, and nightgowns (unless a radical form of egalitarianism is defensible). Presumably, we are interested only in FUNDAMENTAL needs.

To say that someone has a « fundamental need » for something is to say that the person will be harmed or detrimentally affected in a fundamental way if that thing is not obtained. Examples of fundamental harms would be malnutrition, serious bodily injury, and the withholding of critical information. Without nutrition, health care, and education, these harms would befall anyone; hence we say we have a fundamental need for such primary goods.

The more we define the notion of need, the closer we move toward the relevant properties necessary for the formulation of a policy position. For example, if there exists a fundamental need for health care, then we would have to decide which needs are fundamental and which are not in order to develop a national health policy. Anyone who has such needs would have the relevant properties.⁶⁰

Bien évidemment, au regard des chartes, cet arbitrage des besoins pourrait appartenir aux tribunaux qui devront définir le caractère raisonnable ou non de la discrimination pratiquée à l'endroit de différentes personnes vivant une situation similaire (ex : même pathologie)⁶¹. La jurisprudence est encore trop jeune pour y trouver des précédents qui illustrent nos propos. Il est clair cependant que les cours ont entre les mains les instruments nécessaires pour justifier leur intervention dans l'allocation des ressources médicales rares. Il ne serait pas farfelu de croire que l'un des effets non écrits des chartes sera de judiciariser certaines interventions médicales. L'accès à la dialyse rénale ou le choix du patient devant bénéficier d'une transplantation cardiaque constitue des illustrations de problèmes qui pourraient ultimement trouver leur solution finale devant la Cour.

Prises strictement sous l'angle de l'accès aux services, les nouvelles technologies de reproduction constituent aussi un bel exemple d'intervention potentielle des tribunaux. En admettant pour les fins de la présente discussion que les services ainsi offerts constituent un traitement pour les personnes incapables d'avoir un enfant, quels seront les critères d'admissibilité? Il est difficile, en vertu des chartes, de justifier une distinction entre les couples mariés et non mariés. Leur situation n'est peut-être pas identique, mais la

60. *Supra*, note 5, p. 189.

61. *Supra*, note 59.

différence dans leur statut n'apparaît pas significative au point de servir d'assise pertinente pour justifier une différence raisonnable de traitement. Mais alors, pourquoi ferait-on une distinction entre les couples de célibataires hétérosexuels et homosexuels ? Si le droit à l'enfant existe, n'est-il pas valable pour tout(e) citoyen(ne) ? Et pourquoi ce droit serait-il conditionnel à la vie de couple ?

Bien sûr certains pourront prétendre que tout droit, même fondamental peut être restreint dans des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique⁶². À l'appui de cette prétention, on pourra invoquer l'ultime argument des intérêts de l'enfant à naître. Toutefois, si cela devait se produire, nous serons bien loin du droit fondamental d'égalité d'accès à un traitement. Nous serions davantage dans l'expression subjective des valeurs familiales et des perceptions à l'égard du célibat, de l'homosexualité...

La vie de couple entre deux personnes de sexe différent n'est plus de nos jours une garantie exclusive du bien-être de l'enfant. Ainsi, si l'homosexualité a été jugée ne pas être un empêchement au droit de garde des enfants⁶³, comment pourrait-elle constituer une restriction au droit d'avoir un enfant ? Et même si la liberté fondamentale de procréer n'existait pas, au nom du droit à l'égalité, les restrictions d'accès aux nouvelles technologies de reproduction pourraient constituer une violation des chartes à l'égard de la personne homosexuelle.

En effet, comme nous l'avons déjà souligné, le droit à l'égalité exige une similitude de traitements à l'égard de tous les citoyens, en semblable situation. Ainsi, sauf en cas de justification appropriée, les disparités de traitement paraissent inadmissibles. D'une certaine façon, tout semble graviter autour des mots « en semblable situation ».

Toutefois à notre connaissance les tribunaux ont eu peu l'occasion d'appliquer jusqu'à ce jour, ce principe en matière médicale. Une cour ontarienne s'est déjà prononcée à l'effet qu'une transfusion sanguine pratiquée sur une fillette de 12 ans sans obtenir son accord ni même la consulter, pouvait constituer une violation de l'article 15 de la Charte canadienne⁶⁴. Un tel jugement est fondé sur les règles générales de common law applicables en matière de traitement des individus. En traitant cette fillette différemment des autres en semblable situation, au motif qu'elle est témoin de Jéhovah, les autorités médicales ont exercé à son endroit une forme de discrimination interdite par la Charte.

62. *Supra*, note 2, art. 1 et 3, art. 9.1.

63. *Cloutier c. Trudel*, [1982] C.S. 951.

64. *Re Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and K*, (1987) 23 C.R.R.

Par ailleurs, dans une autre cause, il fut jugé qu'un traitement pouvait être imposé à un enfant, dans son meilleur intérêt en dépit du refus de ses parents témoins de Jéhovah. Cela ne constitue pas en soi une atteinte à l'égalité. Dans la mesure où en semblable situation le refus de tout parent peut être outrepassé, cette disposition législative ne traitait pas différemment les parents témoins de Jéhovah⁶⁵.

Une partie substantielle du droit à l'égalité réside donc dans le facteur comparable. Mais la notion de justice déborde la stricte égalité et la simple comparaison avec autrui. Ainsi, l'article 7 de la Charte canadienne stipule qu'on ne peut porter atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à la liberté de la personne qu'en *conformité avec les principes de justice fondamentale*. Or, aux yeux des tribunaux, la justice fondamentale a une signification substantive mais aussi procédurale⁶⁶.

Cette considération fut déterminante dans le dossier de l'avortement. L'article 251 du *Code criminel* concernant l'avortement n'a pas été jugé injuste sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe, même si en réalité cette disposition ne touchait que les femmes⁶⁷. L'invalidité des dispositions du Code criminel a été prononcée en raison du caractère inadéquat, inéquitable et arbitraire des restrictions imposées à l'avortement.

Lorsque la décision du comité de l'avortement thérapeutique a des conséquences juridiques aussi directes, l'absence de norme légale claire à appliquer par le comité pour arriver à sa décision constitue un vice de procédure grave.

L'effet combiné de tous ces problèmes et de la procédure établie par l'article 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques constitue un manquement aux principes de justice fondamentale [...]

En l'espèce, la structure — le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques — est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera, dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir ou, à tout le moins, forcera ces femmes à se déplacer sur de grandes distances et à subir de grands frais et inconvénients pour bénéficier d'une défense que l'on considère généralement ouverte à tous.

Je conclus que la procédure instituée par l'article 251 du Code criminel pour obtenir un avortement thérapeutique n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. (le Juge en Chef)

[...]

L'analyse qui précède de la structure administrative du par. 251(4) ne se veut nullement un tableau complet de tous les points forts et de toutes les faiblesses du système actuel. Elle démontre néanmoins que la structure administrative

65. *Supra*, note 20.

66. *Re Motor Vehicle Act (B.-C.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

67. *R. c. Morgentaler*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 641, (A.C. Ontario).

mise en place par le législateur fédéral comporte suffisamment de lacunes pour que le par. 251(4), pris dans son ensemble, viole les principes de justice fondamentale. Ces lacunes résultent de règles qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels le par. 351(4) a été édicté. Ces règles inutiles, du fait qu'elles imposent des délais qui entraînent un risque additionnel pour la santé des femmes, sont nettement injustes.⁶⁸ (Juge Beetz)

Le respect du principe de justice occupe donc une place importante au travers plusieurs articles des chartes. Pourtant, tout comme les autres principes, celui de justice n'est pas de portée absolue. Ainsi en vertu de la Charte québécoise, il a été jugé que le droit à la dignité et le droit au respect de la vie privée (article 5) autorisaient un centre de santé à sexualiser certains postes⁶⁹. De cette façon, au nom du bien-être des bénéficiaires jugé prioritaire, une discrimination à l'embauche peut être tolérée, une atteinte à légalité peut être admise.

Bien qu'une telle position ne soit pas unanime dans la jurisprudence⁷⁰, elle met bien en relief les arbitrages constants auxquels il faut procéder au chapitre des droits fondamentaux. À cet égard, l'un des défis majeurs des tribunaux est certes la détermination des conditions pertinentes pouvant justifier une discrimination. Les citoyens sont en principe égaux. Mais ils sont aussi en réalité tous différents et la situation qui les amène devant la Cour est par définition unique. Comment alors dégager des règles qui soient applicables à l'ensemble de la collectivité ?

À titre d'exemple, le capable et l'incapable ont en principe les mêmes droits, ils sont égaux⁷¹. Ainsi on ne saurait justifier l'acharnement thérapeutique sur la personne incapable au seul motif qu'elle ne peut pas exprimer un refus de traitement. Son droit de refuser un traitement doit cependant être exprimé en son nom par un tiers. Qui agira ainsi et sur quelle base ? Les conditions de refus de traitement devraient théoriquement être les mêmes pour le capable et l'incapable. Le tiers qui agit au nom de l'incapable peut bien tenter de décider ce qu'aurait décidé l'incapable s'il avait été capable. Mais alors, cela nous conduit à un tel degré d'abstraction qu'un juge américain a dit à ce sujet : « If it snowed all summer, would it then be winter ? »⁷². Manifestement, l'égalité et la justice posent en matière de droits fondamentaux des problèmes majeurs d'application. Entre la consécration théorique des règles de justice et d'égalité

68. *Supra*, note 27, p. 69-73 & 121.

69. *Syndicat professionnel des infirmiers et infirmières du Bas St-Laurent c. Centre de Santé de l'Archipel*, [1987] D.L.Q. 97.

70. *Centre d'accueil de Lachine c. Union des Employés de service, Local 298*, [1986] D.L.Q. 291.

71. *Supra*, note 38.

72. *Supra*, note 5, p. 140.

et leur mise en application dans des situations concrètes, il y a tout un défi à relever, sans compter les difficultés que pose la cohabitation des règles de justice avec d'autres valeurs fondamentales.

Conclusion

Rien n'est simple lorsqu'il faut déterminer entre deux droits égaux celui qui est le plus fondamental. Rien n'est évident lorsqu'il faut définir les valeurs d'un peuple sans égard aux conséquences politiques. Ce sont là pourtant les tâches qui incombent aux tribunaux depuis l'apparition de chartes de droits de la personne. Au cours des pages qui précèdent, nous avons tenté d'illustrer cet enrichissement de la tâche du pouvoir judiciaire.

Depuis longtemps, dans notre tradition démocratique, nous avons appris à respecter la distinction et l'indépendance des trois grands pouvoirs institutionnels : le judiciaire, le législatif et l'administratif. L'empiétement de l'un sur l'autre a toujours été considéré comme un vice institutionnel. Au Canada, au cours des années qui viennent, il faudra s'assurer de la présence d'un contrôle strict en vue de maintenir cet équilibre fragile dans notre démocratie.

Bien sûr, les déclarations fracassantes ne manquent pas pour nous donner l'assurance que les tribunaux n'ont pas acquis, grâce aux chartes, un pouvoir législatif parallèle⁷³. Pourtant leur pouvoir accru en matière de contrôle de la légalité, mais aussi et surtout de la légitimité des lois, a plus d'une raison d'inquiéter.

En définissant les valeurs à la base de notre société et en établissant l'ordre de priorité de ces valeurs, les tribunaux ont une discrétion très large qui tient davantage du politique que du judiciaire. Évidemment la Cour suprême du Canada a raison de prétendre que ces nouvelles responsabilités n'ont pas été usurpées par le pouvoir judiciaire. En effet, dans le renvoi sur le *Motor Vehicle Act*, le juge Lamer rappelle que ce sont les élus du peuple qui ont décidé de confier ces nouvelles responsabilités aux tribunaux⁷⁴. À nos yeux, une telle assertion est significative. Elle révèle la nécessité de justification devant une situation jusque là inconnue dans la démocratie canadienne.

Avec respect, l'argument ainsi avancé par le juge Lamer apparaît toutefois peu convaincant. Si l'équilibre fragile entre le judiciaire et le législatif est menacé, nous ne saurions être rassurés du seul fait que cette

73. *R.c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); *O'Brien v. Commission Nationale des Libérations conditionnelles*, [1984] 2 C.F. 314.

74. *Supra*, note 66.

menace vient initialement des élus plutôt que des tribunaux. Le commentaire du juge Lamer explique davantage le contexte que le bien-fondé des changements ainsi apportés notamment par la Charte canadienne des droits.

Dans le domaine du droit médical et de la bioéthique, l'inquiétude à l'égard du nouveau pouvoir judiciaire prend toute sa signification. S'il est exact, comme nous l'affirmions au début, que la pratique de la médecine moderne pose des problèmes complexes, il faudra davantage qu'un déplacement des responsabilités en faveur des juges pour répondre aux défis actuels. Entre l'autorité des médecins dans le passé et le pouvoir actuel des juges, il faut encore faire preuve d'imagination pour donner au patient la place équitable qui lui revient. La santé, le bien-être de l'individu et la relation adéquate entre la patient et le médecin sont plus qu'une affaire de droits. C'est aussi et peut-être d'abord une question d'attitude à l'égard de la personne. On peut se réjouir que les droits aient apporté une information plus adéquate, une conscientisation plus grande à l'égard du patient, mais il faut éviter une forme de polarisation automatique dans les relations médecin-patients. Comme le disait Keyserling⁷⁵ la communication et la confiance à la base de la relation entre médecin et patients ne sauraient tolérer une forme constante d'oppositions et de conflits. Les droits sont tout aussi essentiels qu'insuffisants dans le domaine médical. Les responsabilités de l'individu, patient ou médecin, et celles de la société sont inaliénables. Les droits, même fondamentaux, n'ont pas réponse à tout. Ce n'est pas en créant des droits qu'on élimine nécessairement les malaises d'une société. Ainsi, même en reconnaissant un droit fondamental au mariage, on ne saurait faire disparaître la solitude. Les attentes à l'égard du droit et des tribunaux doivent être limitées et raisonnables.

Avec ou sans charte, des problèmes semblables se posent avec la même acuité dans l'ensemble des sociétés du monde occidental. Les chartes des droits, ou leur équivalent, ne sont qu'un instrument parmi d'autres pour aider à mettre en lumière les réponses aux défis qui nous confrontent. Tout en tirant profit de l'expérience étrangère, chaque société doit trouver en elle-même des réponses adaptées à des problèmes aussi profonds que ceux de l'avortement, l'euthanasie, l'allocation des ressources, la lutte contre le sida...

On ne saurait faire avancer le débat autour de ces problèmes en renonçant à nos responsabilités individuelles et collectives au profit d'un groupe restreint de personnes, si éclairées et intègres qu'elles soient. En acceptant un mandat aussi large sur des bases aussi fragiles, même les tribunaux s'exposent à de vives critiques et à des pressions insoutenables surtout en raison du caractère

75. KEYSERLING E., *Sanctify of Life or Quality of Life*, Ottawa, Commission de Réforme du Droit, 1979, p. 149.

pluraliste de notre société dans laquelle la notion de ce qui est raisonnable n'a plus rien d'évident. Lorsque les choix de valeurs retenus par les tribunaux ne représenteront pas un consensus suffisamment large au sein de la collectivité, ce sera non seulement les décisions, mais aussi tout le système qui sera mis en doute. Ce risque encouru par les tribunaux prend une signification toute particulière relativement à certains enjeux bioéthiques qui divisent littéralement l'opinion publique (avortement — euthanasie — sida...).

Nos démocraties occidentales souffrent déjà d'une crise profonde de crédibilité à l'égard du pouvoir politique. Est-il vraiment opportun de l'étendre maintenant au pouvoir judiciaire ? Des lois dûment votées par les Parlements sont à l'occasion bafouées ou consciemment violées et non appliquées. La perspective que des jugements des tribunaux soient à leur tour discrédités n'a rien de rassurant.

Pour éviter pareille éventualité, chaque enjeu doit trouver sa réponse dans un forum approprié. Dans le domaine de la médecine moderne et de la bioéthique, le droit doit occuper une place relative qui permette la complémentarité des différentes disciplines. Quant aux institutions, elles doivent d'abord servir la collectivité plutôt que la diriger. Si la coexistence des valeurs fondamentales consacrées dans les chartes des droits pose des problèmes, il appartient aux membres de la collectivité d'établir les priorités. Ce n'est certes pas en opposant droits individuels et intérêt public qu'on pourra jeter les bases d'un consensus solide en démocratie.

* * *

Depuis la rédaction de ce texte, la Cour suprême a rendu le 9 mars 1989 un jugement dans le dossier *Borowski* en refusant de disposer du litige soumis. Considérant être saisie d'un litige théorique, la Cour n'a pas jugé opportun d'exercer sa discrétion pour trancher le débat entourant l'existence ou non des droits du fœtus. Il s'agit en réalité d'en appeler de façon élégante aux responsabilités du législateur en évitant de lui dicter « les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour » conclut le juge Sopinka.

Ainsi, en raison du caractère théorique du dossier en l'absence de disposition actuellement en vigueur sur l'avortement et en raison de l'absence d'intérêt à agir de la part de *Borowski* en semblable circonstance, le plus haut tribunal a rejeté l'appel logé devant lui.